



## Enquête

Archives de la revue Enquête

7 | 1999

Les objets du droit

---

# L'inexprimable nature de l'agent public

The Inexpressible Nature of the Public Servant

Olivier Cayla

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/enquete/1569>

DOI : 10.4000/enquete.1569

ISSN : 1953-809X

### Éditeur :

Cercom, Éditions Parenthèses

### Édition imprimée

Date de publication : 1 novembre 1999

Pagination : 75-96

### Référence électronique

Olivier Cayla, « L'inexprimable nature de l'agent public », *Enquête* [En ligne], 7 | 1999, mis en ligne le 15 juillet 2013, consulté le 21 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/enquete/1569> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/enquete.1569>

---

Ce document a été généré automatiquement le 21 décembre 2020.

---

# L'inexprimable nature de l'agent public

The Inexpressible Nature of the Public Servant

Olivier Cayla

---

- 1 La notion d'agent de la fonction publique est commune. Souvent tenue par le langage ordinaire pour synonyme de fonctionnaire, elle renvoie généralement à l'idée d'employé dans une activité liée au service public, où la fonction de l'employeur est assurée par l'État ou plus généralement la personne publique. S'y associent le plus souvent, sur le plan connotatif, l'idée, plutôt négative, de privilège, notamment en matière de sécurité de l'emploi, mais aussi une dimension plus positive d'impartialité censée correspondre à l'orientation de l'activité vers l'intérêt général : d'où la gravité, d'un point de vue éthique, des écarts constatés par rapport à la règle de désintéressement, par exemple en cas de corruption ou de toute confusion entre le public et le privé. En France, plus particulièrement dans le contexte actuel de construction de l'ordre communautaire et de défense d'un modèle national d'« exception » supposé faire contrepoids aux progrès de la mondialisation, s'y ajoute encore une dimension symbolique non négligeable, qui confère à son usage une certaine efficacité politique et idéologique.
- 2 La vision de l'agent de la fonction publique véhiculée par les sciences sociales ne diffère guère de cette représentation commune. D'abord, elles en valident le concept en retenant l'appartenance à la fonction publique comme une spécificité professionnelle suffisamment pertinente pour mériter de concourir à la structure même des catégories socioprofessionnelles construites par le statisticien et analysées par le sociologue, le démographe, l'économiste ou le politologue. Depuis les premières classifications officielles des professions (par exemple celle de Chaptal en 1800), jusqu'aux nomenclatures contemporaines établies par l'INSEE (qu'il s'agisse de celle des catégories socioprofessionnelles [CSP] de 1954 ou de celle, toujours en vigueur aujourd'hui, des professions et catégories socioprofessionnelles [PCS] de 1982), l'emploi dans la fonction publique est en effet toujours apparu comme un critère fondamental de classification, doté par conséquent d'une signification sociale jamais mise en doute<sup>1</sup>. Dans l'actuelle nomenclature des PCS, en particulier, l'activité dans la « fonction publique », par

opposition à celle qui est menée dans les « entreprises », est toujours retenue comme facteur discriminant entre les catégories au sein de trois groupes socioprofessionnels sur six : ceux des cadres, des professions intermédiaires et des employés.

- 3 Notons d'ailleurs dès maintenant, avant d'y revenir plus loin, que cet indéfectible attachement de la catégorisation statistique à l'opposition État-entreprises (ou public-privé, dans un sens strict) pour rendre compte de l'identité professionnelle à l'intérieur de ces trois groupes exprime implicitement une autre dimension, plus problématique, de la signification sociale de l'agent de la fonction publique en général. En effet les trois groupes socioprofessionnels restants ignorent quant à eux cette opposition privé-public. Rien d'étonnant à cela pour les deux premiers d'entre eux, bien sûr, puisque les agriculteurs exploitants, d'une part, et les artisans, commerçants et chefs d'entreprise, d'autre part, se livrent à des activités n'entretenant par définition aucun rapport avec la fonction publique. Mais ce qui est plus troublant est que le dernier groupe, celui des ouvriers, par ailleurs distribués essentiellement en « qualifiés » et « non qualifiés », ne sont pas non plus répartis suivant cette ventilation entre le public et le privé : qu'ils soient employés par l'État ou par une entreprise semble ainsi demeurer indifférent. Autrement dit, la question, jugée pertinente par les sciences sociales, de savoir si un cadre supérieur, un cadre moyen ou un employé travaillent dans un souci d'intérêt général ou de simple intérêt particulier, est une question qui paraît ne plus se poser s'il s'agit d'un ouvrier. L'appartenance à la fonction publique ne semble pas pouvoir se concevoir d'un simple col bleu, mais seulement d'un col blanc.
- 4 C'est ainsi une première occasion de remarquer que la notion d'emploi dans la fonction publique pourrait ne pas s'inscrire dans la seule logique du « métier », inspirant dès la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle l'organisation des premières classifications professionnelles, et à laquelle serait venue se greffer après coup, dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, une seconde logique indépendante d'elle, celle qui introduit une *hiérarchie* dans les taxinomies traditionnelles, permettant de distinguer, au sein du même « métier » de la fonction publique par exemple, les agents supérieurs des agents inférieurs, répartis selon les catégories A, B, et C<sup>2</sup>. Mais on pourrait présumer que la notion d'agent de la fonction publique supposerait déjà, en elle-même, une hiérarchie préexistante en vertu de laquelle les simples travaux de main-d'œuvre ne sauraient être reconnus comme suffisamment *dignes* d'un tel « métier » nécessairement élevé, puisque orienté vers la satisfaction supérieure de l'intérêt général.

## Description scientifique et qualification juridique

- 5 Toujours est-il que l'emploi dans la fonction publique, considéré comme une donnée socioprofessionnelle, revêt un caractère explicatif certain pour les sciences sociales. On sait que, par rapport à leurs homologues des entreprises, les cadres et employés de la fonction publique présentent des traits particuliers quant au comportement syndical et aux opinions politiques, morales ou religieuses (plutôt de gauche), au taux de féminisation (plus important), aux origines sociales et scolaires et au niveau de diplôme (plus élevé), au niveau de rémunération (plus faible), ou à l'habitat (plutôt les grandes villes), etc.<sup>3</sup> Si bien que l'appartenance à la fonction publique en tant que catégorie socioprofessionnelle, ou du moins en tant que critère de définition des catégories socioprofessionnelles, semble parfaitement satisfaire les exigences positivistes des

sciences sociales en fournissant à celles-ci un *objet*, doté d'une identité stable, susceptible de donner lieu à des descriptions authentiquement scientifiques<sup>4</sup>.

- 6 Pourtant, on sait bien que cet outil analytique « objectif » n'est pas lui-même constitué par les sciences sociales : non seulement ce n'est pas le statisticien ou le sociologue qui décident, pour le compte de l'intéressé ainsi dessaisi de toute faculté d'auto-identification<sup>5</sup>, d'inscrire, par une activité de « codage », tel individu dans telle catégorie d'agents de la fonction publique, mais encore ce n'est pas lui non plus qui détermine les critères présidant à la définition même de l'activité relevant de la fonction publique. Sur ces deux points, les sciences sociales sont entièrement tributaires de l'*autorité étatique* qui détient seule, par la voix du droit, la compétence ultime dans la construction même de l'objet. Autrement dit, l'*agent public*<sup>6</sup>, bien avant d'être un objet sociologique ou statistique, est d'abord un *objet juridique*. Même si ce fondement institutionnel d'une caractérisation socioprofessionnelle n'est pas en soi exceptionnel – par exemple la notion de « salarié », également essentielle à la structure des CSP, résulte d'une définition juridique du salaire, ou bien celle de « pharmacien » est déterminée par le Code de la santé (v. le cas de la « femme du pharmacien » qui, munie du seul BEPC, ne saurait efficacement prétendre, aux yeux du codeur de l'INSEE, détenir la qualité de « pharmacienne »)<sup>7</sup> –, il peut apparaître néanmoins comme un inconvénient pour l'autonomie des sciences sociales. Mais surtout, on peut redouter que la dimension éminemment normative du discours du droit porte un sérieux préjudice à la pureté descriptive du discours de la science lorsque celui-ci se penche, en tâchant de se l'approprier, sur l'objet élaboré par celui-là.
- 7 C'est en effet que le droit, lorsqu'il s'affaire à l'identification d'un agent public, procède de la même manière que lorsque, en général, il se livre à n'importe quelle opération de nomination des choses ou des faits singuliers auxquels il s'agit d'appliquer les règles en vigueur, qu'est l'acte de *qualification juridique*. Or le juriste sait bien à quel point cette qualification, moment absolument central du *jugement* (à prendre non seulement au sens matériel d'une activité évaluative dont va dépendre le verdict de conformité ou de non-conformité du fait au droit en vigueur, mais aussi et surtout au sens organique d'une décision souveraine prise par une *instance étatique*), puisque correspondant à la phase décisive de la mineure du syllogisme judiciaire, est bien moins un acte de classification ou de *connaissance* répondant à des préoccupations *descriptives et scientifiques* qu'un acte d'*autorité* orienté vers un souci essentiellement *prescriptif et politique*. Indépendamment de la question de savoir si, ce faisant, le droit, par ses qualifications, ne fait jamais qu'exprimer, sur un mode seulement plus manifeste, l'inéluctable *force normative* inhérente à tout discours, quel qu'il soit, même lorsque celui-ci prétend, comme le fait la science notamment, se contenter de procéder à des actes de nomination purement constatifs<sup>8</sup>, on peut en tout cas facilement apercevoir la part de jugement de valeur, plutôt que de simple jugement de fait, qui entre en considération dans l'effectuation de toute qualification juridique en général et de celle d'agent public en particulier. De sorte que le sujet des sciences sociales, lorsqu'il manipule ce dernier objet socioprofessionnel, ne peut manquer de reproduire dans son discours à visée descriptive, les *préjugés politiques* que l'État, par son activité juridictionnelle notamment, diffuse dans sa définition officielle.
- 8 Ce qui est souvent perdu de vue est que cette notion a été forgée par le *droit administratif*, et que cette origine lui vaut des caractéristiques dont le rappel peut être utile à sa compréhension. En effet, suivant l'esprit foncier de cette branche – récente – du droit, l'élaboration de la catégorie juridique d'agent public a été essentiellement jurisprudentielle, et commandée par des préoccupations techniques et pratiques très

particulières (d'ailleurs typiquement françaises) qui ont beaucoup contribué à obscurcir sa définition théorique. On voudrait retracer les principales articulations de cette construction jurisprudentielle afin d'en dégager la logique et montrer quelles sont les difficultés, notamment politiques, qu'elle a engendrées, et de comprendre de quelle manière le juge a récemment, par un spectaculaire revirement de jurisprudence, tâché d'adopter une stratégie discursive susceptible de les résoudre à propos d'un cas où se pose de façon particulièrement ardue la question de savoir *quelle qualification juridique* donner à l'activité exercée.

- 9 Le principal intérêt de ce revirement, indépendamment de celui qu'il présente sur le fond pour le spécialiste du droit administratif, est qu'il a été suscité par un cas de qualification – un plongeur de restaurant employé contractuellement par un CROUS est-il ou non un agent public ? – apparaissant par excellence comme le « cas difficile » (pour parler comme les juristes)<sup>9</sup>, c'est-à-dire correspondant exactement aussi à ce « *mauvais exemple* » qu'évoquent L. Boltanski et L. Thévenot dans leur description du mécanisme de classement par les personnes ordinaires, fondé sur le principe de typicité<sup>10</sup>. En effet, de même que l'épagneul serait un chien plus chien que les autres pour le sens commun (américain) et jouerait ainsi le rôle du « bon exemple » du chien, ou, si l'on ose dire, de « chien-étalon » à partir duquel pourraient s'identifier les autres chiens selon leur degré de proximité avec l'épagneul, faisant alors du pékinois un « mauvais exemple » de chien en raison de son éloignement par rapport à l'essence canine évoquée par l'épagneul, de même un agent contractuel s'adonnant à une tâche exclusivement manuelle et employé par une administration pratiquant une activité de restauration scolaire destinée à des adultes ne saurait apparaître que comme le plus « mauvais exemple d'agent public », si l'on considère la distance infinie qui le sépare du « bon exemple d'agent public » que serait le fonctionnaire de catégorie A titularisé dans un grand corps de l'État. Autrement dit, *selon la représentation traditionnelle véhiculée par la jurisprudence administrative*, l'agent contractuel affecté à la plonge d'un CROUS est à l'énarque ce que le pékinois est à l'épagneul (ou ce que la femme de 20 ans est à l'homme de 40 ans du point de vue de ce qui est supposé incarner l'essence du cadre supérieur d'entreprise), selon la représentation commune des gens ordinaires.
- 10 Par l'examen de ce revirement de jurisprudence récent occasionné par ce « mauvais exemple » d'agent public, on pourra ainsi mesurer à quel point le droit administratif, lorsqu'il élabore, par ses qualifications, l'objet « agent public » avant de le léguer aux sciences sociales soucieuses de disposer d'un instrument cognitif opératoire pour la formation des catégories socioprofessionnelles, adopte une démarche beaucoup plus proche de celle du langage ordinaire analysée par Wittgenstein que de celle du discours scientifique s'appuyant sur des définitions aux contours clairs et précis qu'il n'y aurait plus qu'à appliquer mécaniquement à la réalité pour savoir comment « correctement » nommer les éléments individuels de cette dernière. De sorte qu'on puisse douter qu'il soit si facile d'opposer les catégorisations statistiques aux catégorisations profanes des personnes ordinaires, en affirmant que « Les nomenclatures statistiques, *comme les normes juridiques*, conservent durant de longues périodes des caractéristiques stables, jusqu'à ce qu'elles fassent l'objet de réformes délibérées et plus ou moins globales, *alors que la catégorisation profane des occupations et des milieux sociaux fait à tout moment l'objet d'une myriade de réajustements localisés*<sup>11</sup> ». Car le ressort principal du droit (qui contribue si grandement à la constitution des CSP), celui du genre discursif qu'est la *qualification*, induit une logique du « cas typique » où sont essentiellement à l'œuvre des

représentations et des préjugés d'ordre politique, beaucoup plus qu'une logique du « critère ».

- 11 Mais avant tout, il convient d'insister sur ce qui rend la qualification d'agent public nécessaire aux yeux du droit : c'est essentiellement le principe politique de séparation des pouvoirs qui, interdisant depuis la Révolution que les actes de l'exécutif soient soumis au contrôle du juge judiciaire, impose l'exigence qu'un agent de l'administration ne puisse voir un conflit du travail avec son employeur tranché que par un juge spécifique, organiquement rattaché à l'administration<sup>12</sup>. C'est donc avant tout en raison du principe de séparation entre l'ordre judiciaire relevant de la Cour de cassation et l'ordre administratif relevant du Conseil d'État, qu'il y a besoin de savoir si un agent est public ou privé, puisque ce point conditionne la détermination du juge compétent (tribunal administratif ou conseil de prud'hommes) pour connaître de son différend avec son employeur.
- 12 La logique commanderait donc au juge de commencer, dans une optique d'*apparence* purement descriptive, par *constater* l'existence d'une activité qui fasse de son titulaire un agent public, afin de pouvoir conclure, par une simple déduction syllogistique, quel est le juge compétent pour connaître de l'action qu'il entend engager contre son employeur. Mais cette constatation préalable de l'existence d'un agent public, exigée indirectement par le principe de séparation entre les juges administratif et judiciaire, ne peut évidemment se concevoir qu'à condition de supposer une *nature* de l'agent public, c'est-à-dire, dans une perspective essentialiste, qu'il existe une activité des agents de la personne publique dont la consistance se distinguerait nettement de celle instaurée par un simple contrat de travail passé entre personnes privées, et qu'il existerait des critères aisément repérables permettant l'identification d'une telle activité.
- 13 Ce qu'il s'agira de montrer dans un premier temps est que le juge, conformément à cette logique constative, s'est longtemps efforcé de définir la nature de l'activité d'un agent public et d'« appliquer » à la chose le qualificatif d'« agent public » le plus adéquatement possible, dans un souci louable de vérité, et donc de sincérité du discours juridique.
- 14 Mais aussi que, dans un second temps, cet effort de vérité s'est trouvé contrarié à la fois par l'impossibilité, d'un côté, de sauvegarder la cohérence du concept d'agent public si l'on admettait, en vertu d'une politique d'appariement extensif des situations professionnelles, rendue obligatoire par l'évolution même de la nature des missions de service public assurées par l'État, de subsumer aussi sous lui des cas plus tout à fait conformes au modèle du « bon exemple » de fonctionnaire, voire présentant par rapport à celui-ci toutes les caractéristiques du « cas-limite », et par l'inopportunité morale, d'un autre côté, d'une attitude de transparence qui conduit certes à expliciter sincèrement tout ce que le concept d'agent public implique, mais qui produit aussi le regrettable effet d'une certaine impolitesse, voire d'un discours plutôt injurieux à l'égard de ceux auxquels la faveur ou le mérite d'un tel qualificatif d'agent public demeure obstinément refusés. Du coup, face à l'*inexprimable* nature de l'agent public, due aussi bien, d'un point de vue théorique, à l'*indescriptibilité* du travail de l'agent public en tant qu'occupation prétendument spécifique<sup>13</sup>, qu'au caractère quasi *inavouable*, d'un point de vue pratique, des préjugés qui présidaient à la définition traditionnelle de cette spécificité, le juge a pris le parti, lors d'un revirement de jurisprudence récent, d'abandonner cette recherche vaine et inopportune de la « véritable » qualification d'agent public.

## Une recherche scrupuleuse de la nature de l'agent public

- 15 Dans sa recherche initiale de la vérité, le juge s'est livré à une construction savante et extrêmement intéressante, car reflétant l'évolution dans le courant du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle des conceptions dominantes sur le rôle de l'État et la nature de ses activités par rapport à celles menées par les personnes privées. On s'efforcera de décrire cette construction à partir de ce fameux cas limite ou atypique (celui de l'employé du CROUS) examiné par le juge (Tribunal des conflits) lors de la décision où il a décidé de modifier radicalement sa manière de définir l'agent public<sup>14</sup>. Le juge a en effet décidé d'y voir une activité de nature à faire de cet employé un agent public (entraînant donc la compétence du juge administratif pour trancher le différend avec son employeur), retournant ainsi la position jurisprudentielle traditionnelle qui se refusait obstinément à voir dans un tel cas autre chose qu'un simple contrat de travail de droit privé, impliquant la compétence du conseil de prud'hommes.
- 16 Pour comprendre cette solution du juge, il faut commencer par rappeler le point de départ de la notion d'agent public, si ce n'est d'un point de vue historique, du moins d'après les représentations doctrinales les plus répandues chez les juristes depuis le début du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, sous l'influence des « grands maîtres » du droit public de la III<sup>e</sup> République<sup>15</sup> : *par essence*, l'agent public est d'abord un fonctionnaire, c'est-à-dire un agent du pouvoir exécutif, « nommé unilatéralement dans un emploi permanent à temps complet et titularisé dans un grade de la hiérarchie » par celui-ci<sup>16</sup>, et commis à la réalisation de la volonté législative souveraine. De telle sorte que, en tant qu'exécutant de la loi (et donc du souverain), sa tâche est forcément finalisée par l'intérêt général inhérent à la motivation de la volonté souveraine (la loi se définissant comme expression de la volonté générale). Ce qui, au début du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, revenait à définir matériellement l'agent public comme étant le personnel affecté au fonctionnement des grands *services publics* – lieux par excellence d'activités menées au service de l'intérêt général –, et organiquement comme étant assujéti à un régime juridique de *source exclusivement légale et réglementaire*, c'est-à-dire à des normes unilatéralement édictées par l'État. Le contraste avec la situation de l'employé de droit privé est donc total : ce dernier est essentiellement soumis à des obligations et bénéficie de prérogatives juridiques nées d'une rencontre de sa volonté avec celle de son employeur ayant passé avec lui, sur un strict pied d'égalité (du moins formellement, bien sûr<sup>17</sup>), un contrat de travail. Tandis que l'agent public doit se satisfaire, sans pouvoir négocier quoi que ce soit<sup>18</sup>, des prérogatives octroyées (souvent non négligeables, notamment en ce qui concerne son autorité vis-à-vis de l'administré) et des sujétions imposées (parfois lourdes, notamment en raison du principe de continuité du service public, et pouvant aller jusqu'à peser sur la conduite de sa vie privée, qui a l'obligation de se conformer à un minimum de « dignité ») par les lois et règlements.
- 17 L'ensemble du régime juridique applicable (progression de carrière, régime disciplinaire, etc.) est donc *statutairement* déterminé, c'est-à-dire que l'employé, en tant qu'agent de la puissance publique, fait face à un employeur avec lequel il est, par principe, hors d'état d'entretenir une relation contractuelle puisque le contrat, répondant à une logique foncièrement égalitariste, est le cadre paradigmatique d'une relation entre personnes privées. La traduction de cette différence théorique radicale du point de vue du lien juridique avec l'employeur sur le plan du mode de rémunération fait alors que le



fonctionnaire ne saurait guère apparaître comme un *salarié* : si le salaire se définit en effet comme le *prix d'un travail*, s'établissant librement par la rencontre d'une demande et d'une offre d'emploi au sein d'un marché du travail, le traitement du fonctionnaire, quant à lui, s'appréhende traditionnellement comme un « moyen permettant au fonctionnaire de *tenir le rang correspondant à sa fonction*<sup>19</sup> », c'est-à-dire, on y reviendra, comme le *signe* d'une certaine *dignité* spéciale et éminente<sup>20</sup>.

- 18 Certes, le contraste conceptuel originaire entre la situation unilatérale de l'agent public-fonctionnaire et la situation contractuelle de l'employé de droit privé, tendra *en fait* – mais non pas *en droit* – à s'estomper fortement au cours du *xx<sup>e</sup>* siècle en raison du double mouvement de développement de la « politique contractuelle » entre l'État et les syndicats représentatifs de la fonction publique<sup>21</sup>, et d'alignement progressif, réalisé par la jurisprudence, du régime juridique applicable aux agents publics sur les règles essentielles du code du travail, notamment par la technique des « principes généraux du droit » (par exemple CE, 8 juin 1973, *Dame Peynet*, sur l'interdiction de licencier une salariée en état de grossesse). En outre, du point de vue même du droit, certains juristes publicistes, affiliés à l'école « sociologique » de Duguit, affirment l'existence d'un lien *bilatéral* entre l'agent public et la personne publique qui l'emploie, remettant au passage en cause la définition théorique du contrat comme étant un acte dont la bilatéralité s'opposerait à l'unilatéralité de l'acte réglementaire puisque, d'après leur analyse (mais qui est réfutée par d'autres auteurs, d'obédience plutôt kelsénienne), l'acte réglementaire, comme celui qui donne naissance à un agent public, peut parfaitement revêtir un caractère bilatéral (en raison du *consentement* à être nommé qu'exprime le fonctionnaire avant de prendre ses fonctions et qui conditionne le déploiement des effets juridiques de la nomination). Mais il demeure malgré tout, du point de vue de la logique juridique au moins telle qu'elle est comprise par ceux (largement majoritaires au sein de la communauté des juristes) qui n'adhèrent pas au duguisme, une impossibilité majeure de penser la figure monstrueuse d'un *agent public contractuel* : l'assimilation essentielle de l'unilatéral au public et du contractuel au privé y apporte un obstacle dirimant. Autrement dit, le *sens commun juridique*, appréhendant initialement l'agent public sous la « *forme stylisée* » du fonctionnaire soumis à une normativité principiellement unilatérale, ne saurait voir dans l'agent public contractuel que le plus « *mauvais exemple* » possible, totalement insusceptible d'une quelconque reconnaissance, à moins de verser dans l'aberration caractérisée.
- 19 Pourtant, premier élément de complexité, la jurisprudence administrative a assez vite (au début du siècle) accouché d'un tel monstre, en élaborant la théorie d'un contrat de droit public ou « *contrat administratif* ». Le juge a en effet réussi à donner vie à un concept pourtant entaché de contradiction dans les termes, grâce auquel une personne publique (disons, pour simplifier, l'État), peut nouer avec une personne privée une relation *contractuelle* bien que celle-ci revête un caractère irréductiblement *inégalitaire*, au profit, bien entendu, de la puissance publique co-contractante. Parmi d'autres besoins, celui de pouvoir justement recruter selon des procédures plus souples un personnel plus facilement révocable, a joué un rôle important dans la promotion de ce contrat administratif. S'est donc progressivement mis en place un facteur important d'élargissement de la notion d'agent public : désormais, outre les fonctionnaires nommés et titularisés par un acte unilatéral, pouvaient être comptés au nombre des agents publics (entraînant la compétence du juge administratif en cas de différend avec l'employeur) les collaborateurs de l'administration recrutés contractuellement, pourvu que le contrat fût



administratif et non pas de droit privé (car par ailleurs l'administration conserve encore la faculté de conclure de tels contrats de droit privé, en instaurant avec son cocontractant, à l'instar d'une simple personne privée, un rapport de type égalitaire dont le contentieux relève alors de la compétence du juge judiciaire).

- 20 Pour savoir si untel, agent contractuel de l'administration, est un agent public, le juge est donc renvoyé à la « théorie » générale du contrat administratif qu'il a parallèlement élaborée par sa propre jurisprudence, et qui fournit les critères grâce auxquels on identifie le caractère administratif d'un contrat, c'est-à-dire on le distingue d'un simple contrat de droit commun. Ces critères sont au nombre de deux<sup>22</sup>, tout aussi flous et aléatoires l'un que l'autre : 1) soit l'existence, dans le contrat, d'une « clause exorbitante du droit commun<sup>23</sup> », notion que personne n'a jamais définie exactement<sup>24</sup> et qui, de surcroît, menace de conduire à une définition plutôt tautologique du contrat administratif (puisque'il y a ainsi contrat administratif, c'est-à-dire dérogatoire au droit commun, lorsqu'on y trouve une clause exorbitante du droit commun) ; 2) soit, pour simplifier, *l'objet du contrat est d'assurer l'exécution même du service public* : si c'est le cas, un tel contrat, même dénué de toute clause exorbitante du droit commun, est un contrat administratif<sup>25</sup>. Appliqué au cas d'un contrat d'embauché d'un collaborateur, on pourra dire alors qu'il est administratif s'il fait *participer directement* cet agent à l'exécution du service public<sup>26</sup>. Il faut donc se pencher sur la consistance du travail accompli par cet agent et examiner la nature du rapport qu'il entretient avec la spécialité (éducative, hospitalière, militaire, etc.) du service, pour déterminer, suivant l'étroitesse ou non d'un tel rapport, s'il est *digne* ou non d'être regardé comme un agent public.
- 21 Mais, deuxième élément de complexité, le juge a dû tenir compte, dans sa jurisprudence, d'un phénomène de grande ampleur qui a affecté tous les États développés après la Première Guerre mondiale : la modification sensible du comportement de l'État qui, devenu providentiel et interventionniste, s'est mis à prendre en charge lui-même des activités économiques concurrentielles de l'initiative privée, même s'il argue de la défaillance de cette dernière pour légitimer son intrusion dans une sphère jusque-là absolument protégée par le principe de la liberté de commerce et d'industrie.
- 22 Du coup, puisque de telles interventions étaient, évidemment, toujours motivées par des considérations d'*intérêt général*, le juge a progressivement admis qu'en plus des services publics « administratifs » (ou « SPA ») traditionnels, l'État puisse mener des activités proprement économiques, en tout point semblables à celles d'un entrepreneur privé, mais qui soient en même temps des activités de service public, c'est-à-dire qui soient des services publics « industriels et commerciaux<sup>27</sup> » (ou « SPIC »), d'où l'assujettissement de tels SPIC à certaines règles déjà imposées aux SPA, au nom de quelques grands principes communs à l'ensemble des services publics.
- 23 Cela dit, on comprend qu'étant donné le caractère d'un SPIC (activité de profit au moins autant que de service), par principe *semblable* à celui d'une entreprise privée, de nombreuses exceptions au régime traditionnel des SPA aient été toutefois jurisprudentiellement consenties aux SPIC. Parmi ces exceptions figure le principe suivant lequel le personnel d'un SPIC (à l'exception de la direction) est *toujours* assujéti au droit privé, c'est-à-dire recruté par la voie ordinaire du contrat de travail<sup>28</sup>, avec pour corollaire la compétence automatique du juge judiciaire en cas de conflit avec l'employeur<sup>29</sup>. En dehors des exceptions à ce principe jurisprudentiel qui peuvent être décidées par la loi<sup>30</sup>, il n'est donc possible de rencontrer des agents publics contractuels que dans les seuls SPA et non dans les SPIC.

- 24 Ce qui revient par conséquent à se demander, lorsqu'un agent contractuel a été recruté par une administration, et pour savoir s'il s'agit ou non d'un agent public, non seulement si son contrat est administratif ou non, mais aussi et préalablement si sa collaboration s'effectue dans le cadre d'un SPA ou bien d'un SPIC. Or, tout le problème est que, en dehors des rares cas de services publics instaurés par la loi et qualifiés par elle, le juge se réserve la possibilité d'apprécier par lui-même si le service public – établi par voie seulement réglementaire – est un SPA ou un SPIC, en procédant à cette qualification au cas par cas<sup>31</sup>. Et ce, en vertu de critères dégagés jurisprudentiellement et, là encore, revêtant un caractère particulièrement complexe et imprécis<sup>32</sup>, comme l'illustrent certains exemples célèbres, tel celui où l'agent était employé par un établissement public reconnu par le juge comme étant de nature mixte, c'est-à-dire administratif pour certaines de ses activités, et industriel et commercial pour d'autres.
- 25 En résumé, et pour revenir au cas de l'agent affecté à la plonge du CROUS, le juge devait faire dépendre la qualification d'agent public des qualifications préalables suivantes : le service du CROUS est-il un SPIC ou un SPA ? Dans le deuxième cas, le contrat est-il administratif ou non, c'est-à-dire comporte-t-il des clauses exorbitantes du droit commun ou bien, dans la négative, le fait-il participer directement à l'exécution même du service (ce qui ne peut guère s'apprécier qu'en circonscrivant d'abord la spécialité de celui-ci) ?
- 26 Bref, on voit que le sort de cet agent, qui avait le souci pratique de savoir à quel juge, judiciaire ou administratif, adresser sa requête pour trancher le différend avec son employeur, ne pouvait être décidé qu'à la suite d'une longue, fastidieuse et aléatoire enquête sur la nature du travail accompli par lui ainsi que celle du service qui l'employait. Enquête toutefois scrupuleuse et têtue sur la nature des activités méritant d'être reconnues comme publiques, livrée par le juge au travers d'une construction jurisprudentielle reflétant tous les ajustements auxquels la pensée juridique a dû procéder pour rendre compte des profondes et problématiques mutations que l'action de l'État a pu connaître au fil du siècle.

## L'abandon significatif d'une recherche vaine et inopportune

- 27 Mais ce dont la jurisprudence a fini, à la longue, par faire l'expérience (et comme elle en a tiré toutes les conséquences dans le traitement du cas de ce plongeur du CROUS) est l'échec d'une telle orientation de son discours vers la vérité qualificatoire, et ce pour deux raisons :
- 28 1) D'une part parce que plus le juge cherchait à cerner au plus près la réalité singulière du cas individuel qu'il examinait, plus l'écart entre la complexité de cette réalité et la simplicité requise par le concept général d'agent public se creusait. Autrement dit, le juge s'est trouvé confronté, de manière aiguë, à l'impossibilité de rendre compte exactement du divers des choses par l'unité conceptuelle d'un mot, et s'est donc heurté à la classique aporie nominaliste selon laquelle tout nom commun, dans son application aux choses, voit son sens conventionnel dériver et s'élargir indéfiniment, au point de finir par perdre toute signification, du fait de son excessive généralité. Devenu obscur, car rassemblant des réalités singulières trop différentes les unes des autres voire opposées les unes aux autres, et ne parvenant plus à les distinguer clairement de celles qui se laissent subsumer sous le concept prétendument opposé (celui d'agent privé), le concept d'agent public,

inintelligible, a fini par apparaître comme une entrave à la bonne administration de la justice.

- 29 Par exemple, en vertu de la construction jurisprudentielle sus-décrite, le juge a été conduit, dans une affaire célèbre<sup>33</sup>, à considérer qu'un agent contractuel recruté par un hôpital pour donner des cours de français et de calcul au personnel paramédical et de ménage de l'établissement pendant une certaine période, puis au seul personnel de ménage ensuite, devait être regardé comme un agent public dans la première phase puisque, assurant la formation du personnel paramédical, il concourait directement à l'exécution – d'ordre essentiellement thérapeutique – du service, et comme un agent privé dans la deuxième phase, puisque la formation du seul personnel de ménage n'avait aucune incidence consistante sur l'exécution du service public hospitalier. Il devait donc, selon que son litige avec son employeur trouvait sa source dans des faits survenus dans la première ou dans la seconde période, saisir le juge administratif ou le juge judiciaire.
- 30 De même, de la jurisprudence relative aux cas des aides de cuisine, il résultait que ceux affectés dans une école primaire<sup>34</sup> ou dans une maison de retraite pouvaient se prévaloir de la qualité d'agents publics (car, consistant à aider aussi les enfants et les vieillards par nature privés d'une autonomie suffisante, leur activité paraissait n'être pas dénuée de tout rapport avec l'orientation pédagogique ou d'assistance du service qui les emploie), tandis que celle-ci leur était refusée lorsqu'ils officiaient dans un restaurant universitaire (car leur rôle joué auprès des étudiants attablés ne semblait en rien concourir à la formation intellectuelle de ceux-ci)<sup>35</sup>. Et si une cuisinière d'un hôpital ne pouvait aucunement apparaître comme un agent public<sup>36</sup>, cela n'empêchait pas le responsable des achats de nourriture du même hôpital<sup>37</sup> – ni le chef cuisinier d'une ambassade de France à l'étranger, en raison, sans doute, du rôle éminent joué par la gastronomie dans l'exercice de la diplomatie française<sup>38</sup> –, de jouir de cette qualité.
- 31 2) D'autre part et surtout, il est rapidement apparu que le résultat pratique de cette recherche sincère de la nature objective de l'agent public conduisait à reconnaître aisément cette qualité aux employés d'un service public (administratif), pourvu que leur tâche ne se résumât pas à des activités *totalelement subalternes, voire ancillaires*, auquel cas il leur faudrait se satisfaire du qualificatif de simple agent privé. Autrement dit, on s'est rendu compte *qu'à vouloir définir une essence de la fonction publique, on ne parvenait pas à éviter de la penser de manière hiérarchisée par rapport à l'activité privée* : du fait de son intime liaison avec le service public, c'est-à-dire avec les impératifs supérieurs de l'intérêt général, il y aurait une éminence intrinsèque dans l'essence du travail accompli par l'agent public, au point qu'un employé ne saurait sérieusement aspirer à cette qualité si la réalité de sa tâche est trop commune (telle celle d'un plongeur de restaurant universitaire par exemple) pour mériter la faveur d'une telle qualification, extraordinaire au sens propre du terme. En cherchant à produire de purs jugements de fait (« untel est un agent public »), le juge n'a donc pu éviter la contamination de son discours descriptif par de discriminatoires jugements de valeur, portant sur le degré de *dignité* qu'il était possible, à ses yeux, de reconnaître au travail accompli par l'agent. Mais non seulement il en découlait l'inconvénient d'une atteinte à la neutralité et à l'impartialité du discours du juge dans ce moment crucial – celui de la qualification des faits avant leur subsumption sous la règle – où elles apparaissent comme la garantie principale de l'incontestabilité et de la justice de la sentence, mais aussi le désagrément d'une caractérisation des activités qui apparaissait comme politiquement incorrecte car frisant l'injure à l'égard des agents jugés indignes d'être regardés comme des agents publics.

- 32 Du coup, pour toutes ces raisons – obscurcissement du concept d'agent public, inopportunité politique (au moins au sens de ce qui est utile à une « bonne politique jurisprudentielle », c'est-à-dire profitable à l'acceptabilité des décisions de justice) –, le juge a entrepris, par un spectaculaire revirement récent de jurisprudence, de rompre avec cette vaine recherche de la vérité. Désormais, a-t-il décidé, *tout agent employé dans un service public, pourvu qu'il s'agisse d'un SPA et non d'un SPIC, est réputé être un agent public. Et ce, en toute indifférence pour la teneur de l'activité effectivement assurée par l'intéressé. Revirement de jurisprudence dont la forme, on le voit ici nettement, revêt exactement le même caractère que cette « correction » spontanée à laquelle procède l'homme profane lorsque, effectuant un repérage ordinaire du milieu socioprofessionnel de tel ou tel individu, il remet en cause, pour leur « injustice », les préjugés qui sont à l'œuvre derrière les représentations communes qui s'incarnent dans le « bon exemple » du ressortissant typique de ce milieu*<sup>39</sup>.
- 33 De cette façon, ce n'est donc désormais plus la constatation qu'un tel est un agent public qui conduit le juge à se reconnaître compétent pour se saisir de son différend avec son employeur, mais c'est au contraire la décision du juge de se déclarer compétent, chaque fois que le demandeur est l'employé d'un SPA, qui constitue celui-ci comme agent public. On peut donc considérer que la notion d'agent public, en tant que catégorie forgée par le droit administratif, ne procède nullement d'une définition renvoyant à une spécificité de l'emploi exercé, ni du point de vue du mode d'accès ou du type de rapport juridique entretenu avec l'employeur, ni du point de vue de la teneur de l'activité. Elle est le seul résultat d'une décision juridictionnelle tranchant un point de compétence, c'est-à-dire se prononçant sur un tout autre sujet, d'ordre purement technique, et tenant aux spécificités de l'organisation juridictionnelle française, elles-mêmes induites par un principe de philosophie politique (celui de la séparation des pouvoirs).
- 34 Un autre arrêt célèbre (CE, 1<sup>er</sup> juillet 1977, *Commune de Coggia*) aboutit d'ailleurs à la même indifférence à l'égard de la situation réelle et factuelle dans laquelle est placé celui qui se voit reconnaître, par le juge, la qualité de « collaborateur occasionnel » du service public (et bénéficie, à ce titre, d'un régime favorable de responsabilité pour risque permettant de réparer le préjudice subi à l'occasion d'un accident dont il aura pu être victime au cours de sa collaboration – volontaire et bénévole – avec le service). Le juge a en effet décidé, dans cette espèce, qu'un individu qui s'est noyé, après s'être spontanément jeté à l'eau pour tenter de sauver un enfant lui aussi en train de se noyer, était un collaborateur occasionnel du service public municipal de surveillance et de sécurité sur les lieux de baignade, ce qui permettait à sa veuve d'être indemnisée sur le fondement du risque, pour le préjudice qu'elle avait subi. *Et ce, alors qu'il existait pourtant un lien familial entre le sauveteur et l'enfant*. Le juge n'a ici pas suivi son commissaire du gouvernement qui se refusait obstinément à voir en l'occurrence une quelconque collaboration avec le service public : c'était à ses yeux une exigence théorique essentielle, relativement à la *nature de l'agent public* (auquel le collaborateur occasionnel est assimilable pour le temps, même bref, de son concours), que l'activité de collaboration au service soit *motivée par le seul intérêt général*, et présente donc un *caractère impersonnel et désintéressé*. Condition non remplie dans le cas d'espèce, en raison du lien d'affection qui unissait le secouru au secouru. Mais la formation de jugement n'a pas voulu, pour des raisons pratiques de délimitation délicate, voire impossible car d'ordre psychologique, entre le caractère personnel et le caractère impersonnel de la motivation d'un acte de dévouement, ainsi que pour des raisons d'équité, retenir cette approche essentialiste de la notion d'agent public.

- 35 C'est dire si le droit, lorsqu'il fabrique ses propres objets, ceux qui relèvent de cette fameuse « nature juridique » dont les juristes se font les zélés gardiens, opère en réalité sur le mode d'un *artificialisme* consommé. Une telle conclusion ne constitue d'ailleurs par une bien grande surprise. Mais elle mérite toutefois d'être rappelée dans une période d'engouement généralisé pour le droit qui tend à oublier que celui-ci, avant tout préoccupé par l'acceptabilité des décisions autoritairement prises en son nom, ne marque pas souvent une considération débordante pour la logique – même juridique –, ni pour la vérité de sa description du monde.
- 36 Car ce qu'on peut sans doute retenir prioritairement de cette savante et évolutive construction jurisprudentielle, est qu'elle traduit, outre la difficulté théorique de définir le public par opposition au privé en raison des mutations profondes de l'intervention de l'État (ayant entraîné ce qu'on a appelé, dès les années cinquante, la « crise du service public »), surtout l'hésitation à continuer de tenir au justiciable – c'est-à-dire au gouverné – un discours descriptif sincère sur la nature de l'action de l'État et du corps des agents publics chargés de conduire une telle action en son nom.
- 37 En effet, d'un point de vue pratique, on ne peut bien sûr que se réjouir de la simplification consistant à réputer agent public tout employé d'un SPA, quelle que soit la teneur de sa tâche. Elle met heureusement un terme aux fâcheux atermoiements qui entraînaient d'insupportables lenteurs procédurales (plusieurs années pouvaient s'écouler avant que le plaideur sache seulement devant quel juge il lui fallait porter son différend avec son employeur) et un dysfonctionnement plutôt ridicule de la justice.
- 38 Mais, d'un point de vue théorique, ce renoncement du juge à réserver la qualification d'agent public à celui seul dont le travail puisse apparaître comme contribuant effectivement à exécuter le service où il est employé, semble aussi relever d'une certaine forme d'habileté stratégique – ou « prudence », si l'on préfère – de la part de l'État, dans le discours qu'il adresse – par la bouche du juge – au citoyen, relativement à sa propre *essence étatique*. Cela permet en effet à l'État de continuer de manipuler le concept d'agent public et de faire perdurer les effets juridiques spécifiques qui s'y attachent – dont celui d'un incontestable *privilège de juridiction* au profit de l'administration –, tout en cessant de se prononcer sur ce qui, matériellement, constitue cette qualité, et donc *justifie* un tel traitement de faveur. Tout simplement parce que, dans la société contemporaine, une telle justification n'est plus guère *exprimable*.
- 39 Il est en effet difficile de continuer de prétendre, dans le contexte contemporain, que de concourir à des activités d'intérêt général requiert une altitude spéciale à laquelle des tâches simplement serviles ou domestiques ne sauraient s'élever, et d'entretenir, par une définition jurisprudentielle de la nature même de l'agent public, l'idée, pourtant fondatrice de tout l'ordre juridique moderne comme l'a souligné P. Legendre<sup>40</sup>, que le public et le privé s'opposeraient l'un à l'autre comme le noble à l'ignoble, le sacré au profane, le pur (de l'esprit) au corrompu (du sexe et de l'argent). Dans un monde où l'économie apparaît comme la principale composante de l'intérêt général, où l'incommensurabilité de l'intérêt privé à l'intérêt public ne s'impose plus du tout avec la même évidence qu'au siècle des Lumières fondateur du droit public moderne (et où un Rousseau, par exemple, ne pouvait penser, pour cette raison, la volonté générale que comme étant radicalement et essentiellement distincte de la volonté de tous ou somme des volontés particulières), où donc la différence de nature et de dignité entre l'action des personnes publiques et celle des personnes privées semble de moins en moins discernable<sup>41</sup>, il est beaucoup plus sage – ou « prudent » – pour le juge de dissimuler désormais le seul

motif susceptible de justifier l'avantage dont continue de jouir l'administration bénéficiant d'un juge spécifique en matière de conflit du travail (ainsi que dans tous les autres domaines du droit applicable à l'administration), à savoir l'idée qu'il y aurait une nature spéciale et éminente de l'agent public.

- 40 En s'abstenant ainsi d'appeler un chat un chat et de dire crûment les choses désormais ressenties par les personnes privées comme désobligeantes à leur égard, le juge continue malgré tout de faire fonctionner la discrimination juridique entre les agents publics et les autres éléments de la population active. Et ce, avec bien plus de tranquillité et d'efficacité, puisque la justification théorique d'une telle discrimination pratique étant devenue inexprimable, le fait de taire la première permet en même temps de se prémunir contre une fragilisation et une contestation de la seconde.
- 41 Diverses conclusions peuvent être tirées de cette évolution jurisprudentielle. Certains verront un encouragement à ce qu'on la conduise jusqu'à son aboutissement logique : la pure et simple suppression de la distinction entre agents publics et privés, c'est-à-dire de la séparation – due à de pures contingences historiques et politiques ne répondant selon eux à aucune nécessité juridique – entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative (ce dernier souhait tend actuellement à se propager dans la doctrine administrativiste dominante, en raison du bénéfice que l'État de droit serait supposé retirer de cette simplification institutionnelle et procédurale).
- 42 Mais on peut se demander aussi s'il n'est pas possible de voir dans cette jurisprudence la traduction du triomphe actuel de l'idéologie libérale qui, si elle ne va pas jusqu'à nier l'existence juridique de l'agent public, interdit malgré tout d'exprimer à haute voix ce que le concept implique, c'est-à-dire d'affirmer, toute honte bue, la nature forcément supérieure, car inaltérable et « incorruptible », comme disaient les Jacobins, de l'agent public qui, en tant que magistrat commis par le souverain, jouit du *privilege de l'« immunité »* accordé par celui-ci, comme l'écrivait Bodin, afin de lui donner la possibilité d'exercer en son nom l'autorité publique sur le gouverné (ou l'administré). Car le privilège de juridiction toujours accordé par le droit positif en vigueur à l'agent public, peut sembler intimement lié, d'un point de vue théorique, au régime d'exception accordé par principe au *corps* des agents public, dans la mesure où c'est la faveur de ce régime dérogatoire au droit commun, et l'inégalité qui en résulte vis-à-vis des personnes privées, qui permet pragmatiquement l'éclosion du commandement étatique (celui de la loi, en tant qu'acte exprimé « à tous en général » par le législatif et « à chacun en particulier » par l'exécutif et le judiciaire), c'est-à-dire l'apparition de la discrimination politique fondamentale entre (le corps des) gouvernants et (le corps des) gouvernés. Bref, on pourrait penser qu'il y a dans l'idée de nature éminente de l'agent public, et donc de supériorité sur celle de l'agent privé, une nécessité commandée par le concept même d'État<sup>42</sup>. Autrement dit, une conséquence logique imposée par cette théorie juridique de l'État, que la pensée publiciste du début du siècle, aujourd'hui moins prise, cherchait à édifier.
- 43 Si bien que sa dissimulation, comme tend à le faire l'actuelle jurisprudence administrative, peut alors s'interpréter certes comme le résultat du souci louable de mieux garantir le justiciable contre les errements d'une procédure confuse et donc de mieux protéger les intérêts des citoyens, mais aussi comme le signe d'un certain retour de

l'allergie foncière que la pensée juridique française, traditionnellement marquée par le libéralisme, nourrit à l'égard d'une telle théorie de l'État, c'est-à-dire à l'égard des conceptions doctrinales qui, à l'instar du kelsenisme, rendent compte de la distinction entre droit privé et droit public en termes de supériorité essentielle du second sur le premier<sup>43</sup>. Car c'est bien une telle réticence à exprimer le primat du public sur le privé qui semble sous-jacente à cet abandon jurisprudentiel de la recherche de la nature de l'agent public.

## NOTES

1. Cf. A. Desrosières et L. Thévenot, *Les catégories socioprofessionnelles* [1988], Paris, La Découverte, 1996.
2. *Ibid.*, p. 19.
3. *Ibid.*, p. 95 ; L. Boltanski, *Les cadres. La formation d'un groupe social*, Paris, Minuit, 1982, p. 305-371 ; A. Desrosières, « La nouvelle nomenclature des professions et catégories socioprofessionnelles », *Données sociales*, 5, INSEE, 1984.
4. A. Desrosières et L. Thévenot, *Les catégories socioprofessionnelles*, *op. cit.*, p. 102.
5. D. Demazière et C. Dubar, « Dire les situations d'emploi. Confrontation des catégorisations statistiques et des catégorisations indigènes », *Sociétés contemporaines*, 26, 1997, p. 93-106.
6. C'est cette expression d'« agent public », et non pas celle d'agent « de la fonction publique », qu'utilise plutôt le droit (et qu'on utilisera désormais aussi), précisément parce que celui-ci s'attache, comme on le verra, à l'identification non pas des seuls fonctionnaires, mais de tous les agents auxquels s'applique un régime juridique de droit public et non pas de droit privé, que ces agents soient fonctionnaires ou non-fonctionnaires, c'est-à-dire par exemple auxiliaires, stagiaires ou, surtout, contractuels.
7. A. Desrosières et L. Thévenot, *Les catégories socioprofessionnelles*, *op. cit.*, p. 36.
8. Sur ce point, on se permet de renvoyer à O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits, Revue française de Théorie juridique*, 18, 1993, p. 3-18.
9. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses universitaires de France, 1995.
10. L. Boltanski et L. Thévenot, « Finding one's Way in Social Space. A Study Based on Games », *Social Science Information*, XXII, 1983, p. 631-679.
11. A. Chenu, « La descriptibilité statistique des professions », *Sociétés contemporaines*, 26, 1997, p. 113.
12. Du moins selon l'interprétation, non nécessaire, qui en a été faite en France (par la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III) et à laquelle, pour cette raison, le Conseil constitutionnel a dénié toute valeur constitutionnelle (CC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*).
13. Cf. A. Chenu, *op. cit.*
14. TC 25 mars 1996, M. Berkani c/ Centre régional des œuvres universitaires et scolaires de Lyon, *Revue française de Droit administratif*, 4, 1996, p. 819-823, concl. Martin.
15. Il n'est pas certain que ces représentations doctrinales, répondant pour la plupart à des préoccupations de théorie juridique de l'État, s'accordent toujours aux vues dégagées par les historiens contemporains du droit administratif, lorsqu'ils retracent la réalité, fort complexe, de



la naissance de la fonction publique sous l'Ancien Régime notamment, mais qu'on laissera de côté dans l'exposé, pour ne pas le compliquer à l'excès.

16. Article 2 de la loi du 11 janvier 1984 (Statut de la fonction publique de l'État).

17. Sans même parler de l'analyse marxiste, les « travaillistes » demeurent parfois dubitatifs sur le caractère synallagmatique du contrat de travail.

18. CE, 11 janvier 1946, *Gérald*.

19. J.-M. Auby et J.-B. Auby, *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz, 1997, p. 157.

20. Au sens, par exemple, où Bodin, dans les *Six livres de la République*, parle de « marques de la souveraineté », utilisant ainsi un vocabulaire de nature à faire comprendre que les « prérogatives de puissance publique » ont peut-être d'abord et avant tout à voir avec le moyen de *communiquer*, par des « marqueurs de force illocutoire » expressifs et appropriés, la signification prescriptive du discours unilatéral que le gouvernant, par la bouche des agents publics (ses « magistrats »), adresse au gouverné.

21. Les accords passés entre l'État et les syndicats représentatifs n'ont rien à voir avec les *conventions collectives* passées entre employeurs et syndicats dans les entreprises : ils n'ont aucune portée juridique obligatoire et ne contraignent donc nullement l'État employeur à en traduire les résultats dans ses dispositions légales et réglementaires. Pour des exemples récents de réformes engagées à la suite de ce qui n'est finalement qu'une simple procédure consultative, voir le dernier rapport annuel 1997 sur la fonction publique de l'État du Ministère de la fonction publique, Documentation française, p. 23 sq.

22. Sans parler d'un troisième, qui exige qu'il y ait au moins une personne publique parmi les parties au contrat. Cela semble aller de soi. Pourtant, outre l'inévitable exception, forgée par le juge, qui admet que, dans certains cas très restreints, il puisse y avoir contrat administratif même entre personnes privées, il reste en tout état de cause la difficulté d'identifier la nature publique ou privée des personnes parties à un contrat, et même si l'on y parvient aisément, de savoir quelles personnes exactement sont parties à un contrat. En raison de cette dernière difficulté, la jurisprudence récente a été d'une très grande confusion concernant le cas, hautement problématique, des enseignants, fort nombreux (ils étaient 144 000 en 1997 selon le dernier rapport susmentionné du Ministère de la Fonction publique), employés par les établissements scolaires privés ayant passé un contrat d'association avec le service public de l'Éducation nationale. Ces enseignants contractent-ils avec l'établissement (personne privée) qui les recrute, ou bien avec l'État (qui les nomme, les rémunère et les inspecte) ? Le juge a successivement pris le parti des deux termes de l'alternative (cf. CE, 25 juin 1987, *Lelièvre*, pour la qualification d'agent public, et CE, 26 mars 1993, *Pampaloni*, pour celle d'agent de droit privé).

23. CE, 31 juillet 1912, *Granits porphyroïdes des Vosges*.

24. R. Chapus, dans son classique manuel de droit administratif (*Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 1993, t. I, p. 449), écrit : « Un jour, peut-être, on saura exactement ce qu'est une clause exorbitante du droit commun. »

25. CE, 20 avril 1956, *Époux Berlin*.

26. CE, 4 juin 1954, *Vingtain et Affortit*.

27. TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*.

28. Et ce, même si le contrat en question comporte des clauses exorbitantes du droit commun ou s'il fait participer directement l'agent à l'exécution du service, c'est-à-dire même s'il présente tous les caractères d'un contrat administratif.

29. CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*.

30. Ainsi celle-ci a-t-elle statué par exemple que le personnel de France Télécom, des Postes, de la SEITA, etc., qui sont des SPIC, demeurerait membre de la fonction publique.

31. TC, 24 juin 1968, *Société des distilleries bretonnes*.

32. En vertu de l'arrêt CE, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, il y a SPIC lorsque l'activité du service présente une forte ressemblance à celle d'une entreprise privée, du

triple point de vue de son objet, de l'origine de ses ressources et des modalités de son fonctionnement.

33. TC, 29 juin 1987, *Bungener*, arrêt découlant d'une jurisprudence (TC, 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand*), qui a fait beaucoup couler d'encre pour dénoncer l'absurdité du critère de participation directe à l'exécution du service.

34. CE, 10 décembre 1986, *Mlle Rousseau* ; CE, 27 février 1987, *Commune de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ Mmes Begora, Champarne, Demoly et Selbonne*.

35. TC, 19 avril 1982, *Mme Robert c/ CROUS de Rennes* ; TC, 13 février 1984, *Cvetkowski*.

36. TC, 4 novembre 1991, *Celli*.

37. CE, 14 janvier 1995, *Delignières*.

38. CE, 7 juin 1991, *Troquet*.

39. Cf. A. Desrosières et L. Thévenot, *Les catégories socioprofessionnelles*, op. cit., p. 63.

40. P. Legendre, *Jouir du pouvoir. Traité de la bureaucratie patriote*, Paris, Minuit, 1976, p. 169-174.

41. C'est d'ailleurs en soulignant explicitement cet effacement du moyen de discerner entre activités privées et activités publiques du point de vue de l'intérêt général (le service rendu par les boulangeries n'est-il pas, au fond, au moins aussi important pour la satisfaction de l'intérêt général, que celui assuré par les gardiens de musée ?), que le Conseil d'État a, dès 1950, pris le parti de reconnaître prétoriennement le droit de grève des fonctionnaires (CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*, concl. Gazier), jusque-là absolument exclus, au nom d'une conception rigoureuse de la « continuité du service public », d'un droit désormais tenu, à partir de la Libération, pour l'un des droits économiques et sociaux fondamentaux, et dont ne bénéficiaient auparavant que les seuls salariés.

42. À condition de ne pas oublier qu'il ne s'agit que d'une *nature juridique*, c'est-à-dire conventionnellement instituée, et que cette supériorité n'est que *fictive*, fruit de l'artifice juridique, n'obligeant personne à croire à une quelconque supériorité réelle, mais seulement à jouer à faire « comme si » elle existait, au moins à titre de présomption réfragable, la preuve du contraire – en cas de corruption par exemple – pouvant toujours être apportée.

43. Pour le dégagement et la critique théorique serrée de cette attitude traditionnelle de la doctrine, durant toute la période des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, cf. S. Papaefthymiou, *La distinction « droit privé - droit public » dans la théorie du droit et de l'État*, thèse de doctorat, Institut universitaire européen - Université de Paris X Nanterre, 1994, multig. ; « La distinction "droit privé - droit public" en France entre 1848 et 1900 : le paradigme positiviste perdu », in O. Beaud et P. Wachsmann, eds, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 1997, p. 101-133.

## RÉSUMÉS

L'emploi d'un agent dans la fonction publique est traditionnellement reçu comme un trait pertinent de classification des catégories socioprofessionnelles par les sciences sociales. Or c'est au droit administratif qu'on doit l'élaboration d'un tel critère. Il peut être instructif de regarder quelles sont les raisons retenues par le juge lorsqu'il doit décider s'il convient ou non de retenir la qualification juridique d'« agent public » (contractuel) plutôt que d'« agent de droit privé ». Après des années de construction complexe où le juge, dans un effort de réalisme, cherchait à rendre compte de la nature de l'activité exercée, un renversement complet de perspective a été

opéré : le juge a pris le parti, pour des motifs de « correction politique », de postuler cette qualification, en toute indifférence pour la consistance du travail accompli. Ce changement de stratégie de nomination de l'agent public n'est pas sans conséquences sur le sens du couple privé-public, et donc sur la représentation que l'État donne de lui-même dans son rapport avec les agents travaillant à son service.

The employment of an individual by a public service is traditionally accepted by the social sciences as a relevant element to classify socio-professional categories. Yet, such a criteria was elaborated by administrative law. It could be instructive to see what reasons are accepted by the judge when he has to decide if it is suitable to accept the juridical definition of a contractual "public servant" rather than that of a "private servant". For many years, in a bid towards realism requiring complex construction, the judge, sought to account for the nature of the activity performed. Recently, a complete reversal of perspective was effected: the judge took the position, from motives of "political correctness", to postulate this definition with complete disregard of the nature of the work accomplished. This change in strategy of the definition of the "public servant" is not without consequences for the meaning of the couple private-public, and therefore for the representation that the State gives of itself in its relationship with its servants.

## AUTEUR

### OLIVIER CAYLA

Olivier Cayla (EHESS) enseigne le droit public (droit constitutionnel et droit administratif) et la théorie du droit. Ses recherches sont principalement orientées vers l'étude des rapports entre théorie de la norme et théorie de la signification. Il a collaboré au *Dictionnaire de philosophie politique*, sous la direction de P. Raynaud et S. Riaes (Paris, Presses universitaires de France, 1996), et au *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, sous la direction de M. Canto-Sperber (Paris, Presses universitaires de France, 1996). Il prépare un ouvrage sur la notion de dignité de la personne humaine.